

Uma releitura a respeito do ônus da prova no processo penal

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

1. O atual Código de Processo Penal regulava o ônus da prova no art. 156, ao registrar que “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer”, complementando a assertiva com a afirmação de que o Juiz poderá, no decorrer da instrução criminal ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante (Livro I, Título VII, Capítulo I).

Por outro lado, a “Exposição de Motivos”, que acompanha o atual CPP (Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941), deixa claro que:

*“Enquanto não estiver averiguada a matéria da acusação ou da defesa, e houver uma fonte de prova ainda não explorada, o Juiz não deverá pronunciar o **in dubio pro reo** ou o **non liquet**” (item VII).*

Não se pode negar que a “Exposição de Motivos” demonstra, por força do sistema adotado, que o “poderá”, constante do art. 156, nada mais é que um “deverá”, gerando um dever jurídico para o Juiz: o esgotamento das provas. Verifica-se, destarte, que, embora agindo de forma supletiva ou meramente complementar, o Juiz se viu investido do dever de atuar suprindo a omissão das partes. Concede-se, assim, ao julgador um poder inquisitivo em matéria probatória, compreensível, em razão do sistema misto adotado pelo Código de 1941.

2. Que é ônus?

A parte não tem o dever de provar. Caso não o faça, corre os riscos de sua omissão. Se o Ministério Público tem em seu poder documento que comprova a pretensão punitiva estatal, mas não o fez juntar aos autos, isto é, não exerceu o *onus probandi* que lhe competia, sofre a pena por

sua omissão, deixando de obter êxito na ação penal que propôs. Porém, **sob o aspecto estritamente processual**, inexistente qualquer dever por parte da acusação de produzir aquela prova. Diga-se o mesmo em relação ao réu.

Tornaghi¹, em passagem expressiva, salienta que o encargo ou ônus nada mais é que uma “obrigação para consigo mesmo”, pois a omissão acaba por prejudicar aquele a quem aproveitaria.

3. A lei 11.690/2008, que reformulou grande parte do Título VII do Livro I, relativo à prova no processo penal, no particular (art. 156, II) repete, em linhas gerais, a regra do Código de 41. Dá também ao Juiz a “faculdade” de providências de “ofício” “para dirimir dúvida sobre ponto relevante”. Tal “faculdade” corresponde ao “poderá” do art. 156 do Código dos anos 40, em sua anterior redação, uma vez mantido, na reforma de 2008, como natural, o sistema do livre convencimento do Juiz (art. 155).

4. Nessa ordem de ideias, o Projeto de Lei do Senado, de nº 156, de 2009, proveniente dos trabalhos da Comissão Mista de Juristas², criada pelo Requerimento nº 227, de 2008, que dispõe sobre o novo Código de Processo Penal, regulou a matéria no Livro I, Título VIII, Capítulo I, assinalando, no art. 162, que “As provas serão propostas pelas partes”. Faculta, no entanto, ao Juiz, antes de proferir sentença, “esclarecer dúvida sobre a prova produzida” (art. 162, parágrafo único). A referência feita ao art. 4º do Projeto, no único parágrafo do art. 162, está a demonstrar que o processo penal terá a estrutura acusatória, vedando-se ao Juiz a iniciativa da colheita de dados na fase de investigação (inquérito policial ou qualquer peça de informação) ou, ainda, qualquer atividade de persecução criminal.

Da leitura do Projeto, conclui-se que a iniciativa das provas incumbe às partes, atuando o magistrado, supletivamente, com o fito de “esclarecer dúvida”. Nesse ponto, não se afasta, no essencial, do tratamento que o *thema* merecera no atual CPP, com a nova redação que lhe imprimiu a Lei 11.690, de 09 de junho de 2008.

Não é objetivo do presente trabalho proceder a um exame sobre o ônus da prova, tema suficientemente estudado, de modo especial e com profundidade, no âmbito da doutrina nacional e estrangeira³.

¹ TORNAGHI, Hélio, **Curso de Processo Penal**, v. I, p. 306, Editora Saraiva, 1989.

² Compunham a referida comissão o Ministro Hamilton Carvalhido (Coordenador da Comissão), Eugênio Pacelli de Oliveira (Relator-Geral), Antonio Correa, Antonio Magalhães Gomes Filho, Fabiano Augusto Martins Silveira, Felix Valois Coelho Júnior, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Sandro Torres Avelar e Tito Souza do Amaral.

³ O leitor interessado no aprofundamento do assunto encontrará precisas informações em LIMA, Marcellus Polastri, *Manual de Processo Penal*, p. 30 e seguintes, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009; TORNAGHI, Hélio, **Curso de Processo Penal**, v. I, p. 265 e seguintes, Editora Saraiva, 1989 e muitos outros autores nacionais de igual renome. Na doutrina

A finalidade dos conceitos básicos emitidos na parte inicial do presente artigo a respeito do ônus da prova teve em mira, tão somente, situar a matéria no âmbito da legislação brasileira recente, sem esquecer a forma com que o assunto encontra-se regulado no Projeto de CPP, em discussão no âmbito do Congresso Nacional.

5. Na verdade, o que se pretende, em breve apanhado, é demonstrar que, apesar dos dizeres da lei em vigor (11.690/2008), não mais se aplica a atividade inquisitiva do Juiz em favor da acusação, mas somente quando em jogo prova que possa beneficiar a defesa.

Já externara tal colocação doutrinária em estudo antigo, a ela aludindo dentro de um contexto mais amplo, que envolve o exame da prova em geral, voltado, no entanto, para a ação penal de iniciativa privada⁴.

Com efeito, na matéria, nosso *ius positum* não faz qualquer distinção entre a acusação e a defesa. Na realidade, o art. 156, II, autoriza ao Juiz determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Sua atividade supletiva, nesse ponto, reveste natureza nitidamente inquisitiva, além de abrangente de ambas as partes.

Não me parece, contudo, que a acusação, atuando como parte autora, deva merecer a benesse. Não se pode negar que o *Parquet*, na atualidade, goza das mesmas garantias constitucionais da magistratura, não se concebendo, assim, que dois órgãos do Estado venham a funcionar como acusadores: o Ministério Público, exercendo sua atividade fim e o Juiz, suprimindo a omissão do primeiro. Cabe ao *Parquet* provar aquilo que alega em sua *causa petendi*. Caso não venha a fazê-lo, incumbe ao Juiz prolatar sentença, mesmo que a omissão do Ministério Público guarde relação com ponto relevante que possa influir no deslinde da causa penal.

Já em relação à defesa tal não se dá. Seria inimaginável que o advogado do réu, por desídia ou qualquer outra causa, deixasse de produzir prova que pudesse acarretar a absolvição de seu cliente (acusado) ou, quando menos, minorar a sua situação processual (diminuir a pena, por exemplo), e o Juiz restasse inerte, atuando como mero expectador do desenrolar do processo.

estrangeira, podem ser anotados, entre outros, MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, volume terzo, p. 148/150, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1932-X; CORDERO, Franco, *Procedura Penale*, p. 635/640, Giuffrè Editore, 1966, Varese e ACERO, Julio, *Procedimiento Penal*, quarta edición, p. 213 e seguintes, editorial José M Cojica, Jr., S.A., Puebla, 1956.

4 Peço vênia ao leitor para remetê-lo ao meu estudo "A disciplina legislativa da prova penal", in, *Doutrina*, v. 7, p. 276 e seguintes, Instituto de Direito, Rio de Janeiro, 1999.

Pode-se afirmar que a lei não fez distinção quando cogitou do ônus da prova. Porém, a leitura que aqui se propõe apontar do art. 156, II é a que mais se mostra adequada aos termos da Constituição Federal, que, em seu art. 5º, tutela o direito à liberdade em um primeiro plano, quando se ocupa dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II, Capítulo I, art. 5º).

O direito à liberdade é o preceito norteador que deve prevalecer numa nova leitura do texto da lei processual em conformidade com a Constituição Federal, tendo em conta, igualmente, a adoção do sistema acusatório pela nossa Carta Magna (art. 129, I da CF).

Dessa forma, a atividade inquisitiva do Juiz só deverá ser exercitada no sentido de trazer eventual benefício para a defesa.

6. Bem sei que haverá sérias objeções em relação à posição doutrinária aqui expendida.

6.1. O primeiro obstáculo, sem dúvida ponderável, reside na preterição do princípio da igualdade das partes, um dos pilares da teoria geral do processo.

Não se pode negar, no entanto, que o processo penal apresenta peculiaridades, que o tornam singular, havendo nele nítidas distinções em relação aos princípios que regem o processo civil. E tal se dá, como de fácil constatação, pois que nele sempre encontra-se em jogo a liberdade individual, direito indisponível por excelência.

Veja-se, desde logo, que a igualdade das partes não assume o caráter de dogma no processo penal. A própria legislação processual encarrega-se de fazer a distinção ao ocupar-se dos recursos. Assim, ao versar sobre os embargos, sejam eles infringentes sejam eles de nulidade, privilegia a defesa ao admiti-los, somente, em favor do réu (art. 609, parágrafo único, do CPP).

6.2. Até bem pouco tempo, admitia-se, no rito do Júri, o Protesto por Novo Júri, recurso privativo do réu, agora extinto por ocasião da reforma processual de 2008.

Pois bem: tanto quanto eu saiba, jamais discutiu-se a constitucionalidade daqueles dois recursos, um deles ainda vigente.

6.3. Por outro lado, a ação de revisão criminal dos processos findos só pode ser proposta pelo réu quando condenatória a sentença (art. 621 e art. 623 do CPP), desde que, evidentemente, satisfeitas as exigências da lei. E o próprio Supremo Tribunal Federal buscou facilitá-la através do verbete

constante da Súmula 393, mediante o seguinte enunciado: “para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão.”

6.4. O princípio da verdade real também não se veria afetado. Aliás, na realidade, no decorrer da ação penal o que se busca é a mera verdade processual, que é aquela possível de ser demonstrada e que, mais frequentemente, acredito, reflete a verdade provável. Como já disse alhures, a verdade real somente o Padre Eterno pode conhecer. Nós, pobres mortais, temos que nos contentar, dentro dos nossos limites, com a prova que os autos retratam.

Por sinal, o recurso de embargos infringentes e/ou de nulidade e a ação revisional, acima referidos, revelam, de forma inequívoca, como o princípio da verdade real não assume o caráter de dogma em nosso processo penal.

Mas não é somente no CPP que ele sofre mitigação. A Lei 9.099, de 26.9.95, ao admitir a transação penal (art. 76), é outro exemplo bem nítido de que o princípio da verdade real não reveste caráter absoluto, podendo, em certos casos, ser atenuado em razão de valores considerados mais relevantes pelo legislador.

6.5. No campo das provas ilícitas e ilegítimas, quebra-se, mais uma vez, o princípio da igualdade das partes, não obstante a regra do art. 5º, LVI, da CF estabelecer que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, sem que haja distinção entre as partes. Com efeito, quer na doutrina, quer na jurisprudência, têm-se admitido o emprego de prova ilícita e da prova ilegítima quando elas são usadas *pro reo*. Agora, é a jurisprudência a negar tratamento igual para a acusação e para a defesa, muito embora o Texto Magno não cogite estabelecer diferença entre as partes.

Não seria o caso de adotar-se o princípio da proporcionalidade⁵, deixando-se para o Juiz, diante da hipótese, optar pela posição que mais atendesse aos ideais de justiça, sopesando os bens jurídicos em confronto para pôr em relevo aquele que fosse merecedor de maior valor?

Esta, no entanto, não é a orientação seguida pelo Pretório Excelso, tudo a demonstrar que o princípio da igualdade das partes, na voz do supremo intérprete da lei, nem sempre é considerado quando confrontado com o direito à liberdade.

5 Ainda uma vez mais, caso haja interesse, remeto o eventual leitor ao meu estudo sobre a matéria, “As provas ilícitas, a Teoria da Proporcionalidade e autofagia do Direito”, in *Revista do Ministério Público RJ*, 3ª fase, nº 11, jan-jun 2000, p. 253 e seguintes.

7. Chega-se, pois, às seguintes conclusões:

7.1. Dúvida não pode haver de que o atual Código de Processo Penal adotou o sistema acusatório (art. 129, I, da CF e art. 162 do CPP).

7.2. Dessa maneira, não se justifica que o juiz promova diligência no sentido de suprir a omissão do Ministério Público quanto ao ônus que o *Parquet* tem de provar.

7.3. Assim, a leitura correta, art. 156, II, do CPP, com a redação dada pela Lei 11.690, de 09 de junho de 2008, deve banir qualquer atividade inquisitiva por parte do Juiz em favor da parte autora, desde que, não importa a razão, venha ela a omitir-se quanto ao seu ônus de provar.

7.4. De outra banda, o Projeto do CPP, em exame no Congresso Nacional, igualmente prestigia o sistema acusatório.

7.5. O princípio de igualdade das partes não se apresenta como um dogma, cedendo passo, em mais de uma passagem da lei, ao princípio do *favor libertatis*. Diga-se o mesmo em relação ao princípio da verdade real (*rectius*, processual).

7.6. O princípio do *favor rei*, até mesmo em sede jurisprudencial, como vimos, vem sendo admitido quando da valoração das provas ilícitas, permitindo-se o seu uso somente quando *pro reo*.

7.7. Assim também deverá ser em matéria de ônus da prova, levando-se em conta a inviolabilidade do direito à liberdade (art. 5º, *caput*, da CF) vista em compasso com o sistema acusatório.

É a exegese que me parece adequada em sede do estudo do ônus da prova no processo penal. ♦